
L'accertamento dello stato passivo

1 Caratteristiche e finalità del procedimento

L'accertamento dello stato passivo è finalizzato all'identificazione dei creditori (aventi titolo anteriore alla procedura)¹ che vogliono partecipare al concorso, con la definizione dell'ammontare e della natura del credito; l'ammissione al concorso determinerà il diritto alla partecipazione ai riparti di attivo, realizzato dalla liquidazione dei beni del debitore.

L'attuazione del concorso sostanziale, retto dalle norme del codice civile, viene convogliata nel fallimento tramite l'osservanza alla regola del concorso formale di cui all'art. 52 L.F., secondo la quale tutti i creditori, anche muniti di titolo di prelazione, che intendono partecipare alla ripartizione dell'attivo, devono far accertare le proprie ragioni creditorie secondo il procedimento speciale di accertamento del passivo. Tramite istanza di ammissione al passivo il creditore tende a trasformarsi da **concorsuale** (cioè creditore dell'imprenditore fallito) a **concorrente** (cioè partecipante all'esecuzione e alla ripartizione), che è condizione essenziale per l'attribuzione al creditore stesso non solo del diritto a soddisfarsi sull'attivo, ma anche di una serie di poteri e facoltà connessi.

La fase dell'accertamento del passivo caratterizza la procedura fallimentare rispetto all'esecuzione individuale; quest'ultima infatti manca di una fase autonoma di accertamento dei crediti in quanto i creditori che vi partecipano devono essere preventivamente muniti di un titolo esecutivo, formatosi in altra sede giurisdizionale. In sede fallimentare il titolo esecutivo collettivo è costituito dalla sentenza dichiarativa di fallimento, necessita quindi solo il titolo specifico che legittimi il creditore a partecipare al concorso che, a differenza di

¹ Eccezione alla anteriorità del credito, è rappresentata solo dal credito vantato dal terzo che abbia subito un'azione revocatoria. In ogni caso è necessario che il terzo revocato proponga domanda di ammissione al passivo, non potendosi, in assenza, provvedere a soddisfare l'eventuale credito ad esso spettante.

quanto avviene nell'esecuzione individuale, in sede fallimentare si forma "internamente" attraverso il procedimento di accertamento dello stato passivo².

Il procedimento di accertamento del passivo, in sintesi, identifica una espressione di giurisdizione contenziosa cognitoria, scandita in due fasi: una davanti al giudice delegato e l'altra (eventuale) davanti al tribunale. La prima fase è caratterizzata da spiccati caratteri sommari, per poi eventualmente recuperare la cognizione piena in caso di impugnazione.

Mentre nella legge fallimentare del 1942 la prima fase era sempre necessaria, la riforma ha reso l'accertamento dello stato passivo come meramente **eventuale**; infatti ai sensi dell'art.102, L.F., dietro motivata istanza del curatore, corredata dal parere del comitato dei creditori e sentito il fallito, il tribunale può decretare di non procedersi all'accertamento del passivo, anche in presenza di domande di ammissione e prima dell'udienza per la verifica, qualora risulti che non vi sia alcuna prospettiva di realizzazione di attivo distribuibile ai creditori, fatto salvo il pagamento delle spese della procedura e dei crediti prededucibili³.

Tuttavia si ritiene che la disposizione (decreto motivato) del tribunale di non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo debba essere valutata con adeguata cautela. Decisiva a tal fine è la relazione del curatore, a corredo dell'istanza, sulle prospettive della liquidazione; infatti spesso solo apparentemente si prevede che non vi sarà attivo, mentre in realtà è sempre aperta la possibilità di "recupero" di beni non acquisiti nella fase iniziale o comunque occultati.

² Anche in ipotesi di domanda riconvenzionale proposta dal convenuto in un giudizio promosso dal curatore, permane il rito speciale dell'accertamento del passivo, infatti le Sezioni Unite di Cassazione con le sentenze 12.11.2004, n. 21499 e 10.12.2004, n. 23077 hanno statuito che: "*qualora, nel giudizio promosso dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto proponga domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un proprio credito nei confronti del fallimento, derivante dal medesimo rapporto, la suddetta domanda, per la quale opera il rito speciale ed esclusivo dell'accertamento del passivo ai sensi degli articoli 93 e ss. della legge fallimentare, deve essere dichiarata inammissibile o improcedibile nel giudizio di cognizione ordinaria, e va eventualmente proposta con domanda di ammissione al passivo su iniziativa del presunto creditore, mentre la domanda proposta dalla curatela resta davanti al giudice per essa competente, che pronunzierà al riguardo nelle forme della cognizione ordinaria*".

³ Ricorrendo le condizioni dell'art.102 L.F. ove il tribunale disponga di non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo, appare lecito chiedersi quali possano essere le conseguenze in relazione ai crediti dei lavoratori dipendenti ed ai crediti per I.V.A., disponendo le normative in materia che l'accertamento formale e sostanziale del credito costituisce condizione necessaria ed indispensabile per l'intervento del Fondo di garanzia e per l'emissione di nota credito. Da notare che la Circolare INPS 07/03/2007, n.53 recita testualmente che "*in caso di applicazione dell'art. 102 L.F., le richieste di intervento al fondo non potranno trovare accoglimento*". In argomento v. Capitolo 7 (Contratto e credito di lavoro) e v. Mancinelli "Prime riflessioni in materia di fiscalità concorsuale", in *Diritto e Pratica del Fallimento*, n.2/2006, 39 e segg., ove si ritiene che anche in tale ipotesi il creditore istante conservi i benefici fiscali ordinariamente connessi alla presentazione della domanda di ammissione al passivo, ovvero possibilità di emissione di nota di variazione in materia di I.V.A. ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. n. 633/1972.

2. Le forme di pubblicità

Nella sentenza dichiarativa di fallimento viene stabilito dal tribunale il luogo, la data e l'ora dell'udienza di verifica del passivo ed indicato il termine (perentorio) di presentazione delle domande (art. 16 L.F.)⁴.

Sono previste le seguenti *forme di pubblicità*:

- a) annotazione presso il **registro delle imprese** (art. 17 L.F.);
- b) **avviso ai creditori** (art. 92 L.F.), quale strumento integrativo da eseguirsi da parte del curatore. L'avviso doveva essere attuato nella normativa del 1942 mediante raccomandata; nella nuova normativa è effettuato a mezzo posta elettronica certificata se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale di PEC delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore⁵. Il nuovo art. 16 L.F. prevede l'obbligo per il fallito del deposito dell'elenco dei creditori; nel contempo l'art. 89 L.F. statuisce per il curatore l'obbligo della compilazione di un elenco dei creditori «sulla base delle scritture contabili del fallito e delle altre notizie che (il curatore) può raccogliere». L'operazione risulterà difficoltosa in caso di inadempimento da parte del fallito e di omessa o irregolare tenuta della contabilità; in ogni caso può essere opportuno inviare l'avviso anche agli enti pubblici (finanziari, previdenziali, ecc.), che solitamente partecipano al concorso.

Nell'avviso, oltre all'indicazione che il creditore può partecipare al concorso inviando apposita domanda, il curatore deve specificare la data fissata per l'esame dello stato passivo, quella (perentoria) entro cui vanno presentate le istanze ed ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda stessa.

In ipotesi di presenza di creditori non nazionali, ma appartenenti ad altri stati membri della comunità economica europea, l'avviso a tali creditori dovrà essere integrato con le **indicazioni previste dall'art. 40 del Regolamento C.E. n. 1346/2000**⁶.

⁴ Interessante, in proposito di possibilità di differimento del termine statuito per la verifica, appare il recente provvedimento reso il 16 settembre 2006 dal Tribunale di Milano, est. Quattraro, in www.fallimentitribunaledimilano.net, relativo ad una fattispecie in cui il Tribunale aveva dichiarato il fallimento di una società in data 1° agosto 2006 (quindi all'inizio del periodo feriale), il curatore aveva tempestivamente accettato l'incarico, ma il legale rappresentante della fallita, a causa del periodo feriale, aveva messo a disposizione della curatela la documentazione sociale e l'elenco dei creditori (circa duecento, di cui molti stranieri) solo il successivo 6 settembre, determinando così il ritardo dell'invio degli avvisi dal curatore. Lo stesso curatore aveva quindi presentato ricorso al Tribunale per ottenere il differimento dell'udienza di verifica, che il Collegio ha accolto.

⁵ Sebbene l'omissione o l'intempestiva o l'irrituale comunicazione dell'avviso non determini alcuna nullità e benché non più espressamente richiesto dalla legge, è comunque opportuno che il curatore, qualunque sia lo strumento di comunicazione prescelto, **conservi la prova dell'avvenuto ricevimento dell'avviso** da parte del singolo creditore destinatario. Tale prova è infatti decisiva per stabilire, in sede di riparto, se la tardività del creditore ammesso sia o meno imputabile a quest'ultimo ai fini di quanto previsto dall'art. 112 L.F., nonché per stabilire se sia inammissibile la domanda tardiva presentata oltre il termine di decadenza di cui all'art.101 L.F.

⁶ L'art.40 del Regolamento citato, intitolato "*Obbligo di informare i creditori*", afferma che quando è aperta una procedura in uno Stato membro, il giudice competente, o in alternativa il curatore da lui nominato, deve informare tempestivamente i creditori che sono conosciuti e che hanno la residenza abituale, il domicilio o la sede negli altri Stati membri. L'informazione deve riguardare i termini da rispettare, le conseguenze previste

Qualora risulti notevolmente problematico, per il rilevante numero di destinatari, inviare un avviso a tutti i creditori, la singola comunicazione potrebbe essere sostituita, in applicazione analogica dell'art. 126 L.F., dalla pubblicazione dell'avviso su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, previa autorizzazione del giudice delegato.

3. L'istanza di insinuazione

Il creditore che vuole partecipare al concorso, deve trasmettere, all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore indicata nell'avviso di cui all'articolo 92, domanda di ammissione al passivo, proposta mediante ricorso⁷; la domanda produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento (art. 94 L.F.).

Il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte senza necessità dell'assistenza tecnica di un difensore; tale previsione, esplicitamente inserita nella nuova legge fallimentare, applica l'orientamento pressoché unanime formatosi sulla legge fallimentare del '42. Tuttavia la disposizione desta alcune perplessità in relazione alle conseguenze, in termini di inammissibilità, previste per l'ipotesi in cui la domanda risulti carente di alcuni elementi qualificanti. Considerato, peraltro, che le questioni giuridiche sottese alla predisposizione della domanda di insinuazione presentano spesso elevata complessità, che la riforma ha accresciuto le difficoltà in termini di contenuto ed ha statuito un'accelerazione del termine perentorio di presentazione, appare senz'altro da condividere il rilievo di chi reputa opportuno, in generale, il ricorso al patrocinio di un professionista⁸.

La **domanda di insinuazione** al passivo necessita dell'indicazione della procedura cui si intende partecipare, del nominativo e dei dati del creditore, dell'indicazione del *petitum*, della succinta esposizione della fonte della pretesa che ne costituisce la ragione, dell'indicazione dell'eventuale titolo di prelazione e deve essere corredata dai documenti giustificativi del credito e della prelazione. Con il D.Lgs 169/2007 *i documenti dimostrativi del diritto*, devono essere depositati contestualmente al ricorso, non essendo più possibile il deposito nei

per l'inosservanza dei termini, l'organo o l'autorità legittimati a ricevere l'insinuazione dei crediti e gli altri provvedimenti prescritti. La comunicazione deve infine indicare se anche i creditori titolari di un privilegio o di una garanzia reale debbano insinuarsi nel passivo.

⁷ Circa la natura giuridica della domanda esistono due opposti orientamenti, dei quali uno identifica la domanda ex art. 93 L.F. con la domanda giudiziale, facendo leva sulla sostanziale analogia di contenuto e di effetti, oltre che sulla collocazione all'interno di un procedimento che presenta nel suo complesso carattere giurisdizionale (Apice, «La domanda di insinuazione», in *Diritto fallimentare*, collana diretta da Greco, Milano, 1995, 29), mentre il secondo orientamento attribuisce una natura autonoma, diversa da quella giudiziale (tra questi, Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1989, 498, secondo cui la domanda di ammissione ha piuttosto un contenuto analogo alla domanda diretta all'autorità amministrativa).

⁸ In questi termini potrebbe riaprirsi la questione (ormai definitiva ante riforma) che riconosce al creditore le sole spese borsuali e non anche quelle di (eventuale) assistenza legale. Infatti nella particolareggiata nuova disciplina della verifica del passivo, forse, è difficile ritenere non utile e non indispensabile la rappresentanza legale.

quindici giorni prima dell'adunanza fissata per l'esame dello stato passivo, come precedentemente previsto dall'art. 93, L.F. riformato dal D.Lgs 05/2006)⁹. In ordine alla mancanza di documenti "dimostrativi", sembra chiaro che in caso di inosservanza da parte del creditore, la stessa non comporterà la dichiarazione di inammissibilità della domanda, ma il rigetto per **difetto di prova**.

La mancanza o l'assoluta incertezza di uno dei requisiti che definiscono il contenuto della domanda, viene sanzionata con l'**inammissibilità** del ricorso. Altro rilevante profilo di novità della riforma è costituito dall'obbligo di indicare l'eventuale *titolo di prelazione*¹⁰: ove si ravvisi carenza in proposito il credito viene considerato chirografario. Il creditore che chiede l'ammissione in via privilegiata dovrà quindi specificare:

- il tipo di prelazione (privilegio, pegno, ipoteca);
- il riferimento normativo che determina, sul ricavato della liquidazione, la collocazione del credito¹¹.

Il medesimo n. 4 del riformato art. 93, L.F. , richiede inoltre che, in caso di privilegio speciale, il creditore ricorrente indichi nella domanda la "*descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita*"¹². Sulla scorta di tali indicazioni sembra necessario, per assolvere l'onere di "descrizione" del bene gravato dal privilegio speciale, che il creditore fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della categoria

⁹ Si discute in ordine alla idoneità probatoria di alcuni documenti. È dibattuto se l'efficacia probatoria riconosciuta dalla legge (nei rapporti tra imprenditori) alle scritture e ai libri contabili regolarmente tenuti, possa valere anche nei confronti del curatore del fallimento, a favore dell'imprenditore che chiede l'ammissione al passivo. A fronte di una tesi affermativa che riconosce tale efficacia, a meno che il curatore non fornisca la prova della simulazione del negozio cui si riferiscono le risultanze contabili (Trib. Torino 19 ottobre 1994, in *Fall.*, 1995, 956), si segnala un diverso orientamento secondo cui, invece, tale valore deve essere negato alle scritture contabili, attesa la posizione di terzo che il curatore riveste e nei confronti del quale risulta, quindi, inapplicabile l'art. 2710 c.c. (Cass. 28 maggio 1997, n. 4729; Cass. 26 maggio 1987, n. 4703, che tuttavia enunciano tale inapplicabilità con riferimento specifico alla revocatoria fallimentare). Non costituisce documento idoneo a provare il credito, il decreto ingiuntivo opposto o per il quale pendano i termini dell'opposizione (Cass. 22 settembre 1997, n. 9346; Cass. 22 giugno 1995, n. 7045).

¹⁰ Il decreto "correttivo" ha eliminato il riferimento, nella domanda di insinuazione, anche alla graduazione della prelazione, in quanto giudicato da molti commentatori inadeguato, tanto più nel momento in cui si consente la presentazione del ricorso senza assistenza tecnica. Coerentemente con la soppressione dell'obbligo da parte del creditore di indicare anche la graduazione del credito viene coordinato l'art. 96, che imponeva al giudice delegato di indicare, con il provvedimento di accoglimento della domanda, anche il grado del diritto di prelazione. L'individuazione del grado di prelazione, scaturente *ex lege*, verrà effettuata nella sede naturale di riparto di attivo, non essendovi necessità di alcuna indicazione (e valutazione preventiva) in sede di verifica.

¹¹ La necessità che la domanda del creditore indichi espressamente, nel corpo del ricorso, la specificazione della norma in cui la prelazione trova fondamento, non sembra essere tuttavia indispensabile, in quanto la richiesta del privilegio per essere ammessa in chirografo dovrebbe essere anche assolutamente incerta.

¹² La disposizione è conforme a quanto ritenuto prima dalla riforma da dottrina e giurisprudenza (v. in proposito Trib. Milano, 21 gennaio 2004, in *Il Fallimento*, 2004, 820, secondo cui "*il riconoscimento del privilegio speciale nella verifica del passivo presuppone l'individuabilità del bene su cui grava la prelazione*").

di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato; per la concessione del privilegio non è necessario che il bene sia stato (già) acquisito all'attivo fallimentare¹³.

Il creditore ha l'onere indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura con onere di comunicare al curatore tutte le eventuali successive variazioni di tale indirizzo. In difetto le comunicazioni possono essere effettuate dal curatore presso la cancelleria del tribunale.

Ai sensi del nuovo art. 101 L.F., le domande di ammissione al passivo devono essere depositate in cancelleria **almeno trenta giorni prima** dell'udienza fissata dal tribunale per l'esame del passivo; oltre tale termine devono sempre e necessariamente essere considerate tardive¹⁴. La norma consente di evitare che le istanze giungano a ridosso dell'udienza di verifica, se non addirittura nel corso dell'udienza stessa, consentendo così al curatore di conoscere ed esaminare le domande prima della loro verifica processuale. L'effetto del mancato rispetto del termine è la decadenza dalla possibilità di presentare domanda tempestiva. Lo stesso art. 101 L.F. prevede inoltre un termine finale per la presentazione delle domande tardive, che è quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, prorogabile dal tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, a diciotto mesi, in caso di particolare complessità della procedura. Oltre il termine suddetto e fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ancora possibili, ma la loro ammissibilità è condizionata dalla prova che il ritardo è dipeso da causa non imputabile all'istante.

Riassumendo si possono distinguere:

¹³ In tal senso Cass. Sez. Un. 20 dicembre 2001 n. 16060, per le quali : *“l'ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'attivo fallimentare, con la conseguenza che deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale”*.

¹⁴ Nulla è detto circa la eventuale riapertura dei termini in caso di rinvio dell'udienza, per cui tutte le domande presentate dopo il termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica devono essere considerate tardive, anche se viene effettuato un rinvio dell'udienza. Non manca chi ritiene che, per evitare conseguenze paradossali (considerare come tardive le domande pervenute dopo il termine fissato in sentenza, ma prima di trenta giorni della successiva udienza di verifica e che il curatore potrebbe includere nel progetto di stato passivo che depositerà in detta occasione), possa essere preferibile modulare il termine per la presentazione delle domande (come quello della produzione dei documenti e tutti gli altri) su ciascuna udienza di verifica; ossia interpretare la norma nel senso di riaprire, in caso di rinvio, il termine di cui al primo comma dell'art. 93 L.F. fino a trenta giorni prima della successiva udienza e, di conseguenza, tutti gli altri termini calcolati con riferimento a detta udienza. Si tratta, in ogni caso, di un'interpretazione isolata e non condivisibile.

- le **domande tempestive**, proposte fino a 30 giorni prima della data dell'udienza di verifica fissata nella sentenza, che vengono esaminate in tale udienza ed in quelle di eventuale rinvio, all'esito delle quali verrà formato lo stato passivo esecutivo;
- le **domande tardive**, proposte dopo la scadenza del suddetto termine e fino al compimento del dodicesimo (o diciottesimo) mese successivo al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo; tali domande vengono esaminate in apposite successive udienze e nelle stesse forme procedurali previste per le domande tempestive;
- le **domande "ultratardive"**, proposte dalla scadenza del dodicesimo (o diciottesimo) mese successivo al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo fallimentare), la cui ammissibilità è condizionata alla dimostrazione della non imputabilità del ritardo. Per l'accertamento di tali domande non è stata dettata alcuna norma specifica, in ogni caso si potrebbe ipotizzare un accertamento "individuale" in apposita udienza, fissata a seguito della presentazione di ciascuna domanda¹⁵, ove *in primis* dovrà essere valutato se il ritardo è dipeso da causa non imputabile all'istante.

Esigenze di efficienza della procedura, nonché di concorsualità e contestualità dell'accertamento dei diritti, rendono la domanda di insinuazione al passivo strumento esclusivo di tutela cognitiva ed esecutiva di qualsiasi diritto vantato dai terzi, nei confronti del fallimento. Tale principio si estende non solo ai creditori, ma a qualunque terzo ed a qualunque azione si intenda promuovere nei confronti della procedura, anche se di mero accertamento¹⁶.

Da tale principio generale discendono, quali corollari, la improponibilità *ex novo* di domande in sede di cognizione ordinaria, comprese le domande riconvenzionali nei confronti del curatore e l'improcedibilità dei giudizi pendenti. È altresì inammissibile la riassunzione di giudizi pendenti davanti ad altro tribunale od anche davanti al tribunale fallimentare, poiché l'esclusività concerne il rito speciale dell'accertamento.

In virtù del principio di *esclusività ed inderogabilità* del procedimento di accertamento del passivo, anche i creditori che presentarono istanza di fallimento, quelli muniti di titolo di prelazione e quelli muniti di un titolo esecutivo definitivo, non sono esentati dall'onere della presentazione della domanda di ammissione. L'esclusività del procedimento di accertamento del passivo subisce alcune *deroghe*, quali l'esistenza di giurisdizioni speciali, ovvero l'efficacia del giudicato. In questi casi, infatti, sebbene il creditore sia comunque tenuto ad insinuarsi al passivo presentando la relativa domanda, si modifica la natura dell'accertamento, poiché il giudice delegato deve limitarsi a svolgere una verifica sulla legittimità formale del titolo,

¹⁵ Nella prassi di alcuni tribunali l'udienza per l'esame delle domande "ultratardive" viene fissata dal giudice delegato a seguito di apposita istanza del curatore.

¹⁶ Si è parlato, con espressione quanto mai calzante, di una sorta di "monopolio" del rito fallimentare in ordine ad ogni questione attinente all'accertamento del passivo (Provinciali, «Sul "monopolio" del fallimento nell'accertamento del passivo», in *Dir. fall.*, 1971, 743)

rimanendo l'accertamento sostanziale sull'esistenza del diritto riservato all'organo speciale, ovvero coperto dal giudicato.

Il primo caso è rappresentato dal *credito tributario*, il cui accertamento è devoluto alla giurisdizione speciale delle Commissioni tributarie.

Altro limite all'accertamento sostanziale del giudice delegato si ha nell'ipotesi del credito che risulti da sentenza passata in giudicato: in questo caso, l'accertamento del giudice si concretizzerà in un mero accertamento formale della legittimità del titolo.

L'inderogabilità del procedimento di accertamento del passivo è esclusa per le pretese fatte valere da terzi aventi ad oggetto obblighi strettamente personali del fallito (quale ad esempio, l'obbligo di mantenimento nei confronti del coniuge), atteso che la procedura concorsuale concerne i soli diritti patrimoniali.

4. Progetto e formazione dello stato passivo

Cenni sulla normativa della L.F. del 1942

Il legislatore del 1942 aveva costruito il procedimento di verifica dei crediti, innanzi al giudice delegato, con un rito semplificato: trattavasi di un procedimento giurisdizionale di cognizione e, nell'ambito dei giudizi di cognizione, veniva inquadrato tra i procedimenti a carattere sommario e inquisitorio, di contenuto documentale e con prevalente funzione esecutiva, nella considerazione che il fine ultimo era quello di individuare i creditori aventi diritto a partecipare alla fase esecutiva della ripartizione.

La "vecchia" legge fallimentare prevedeva la "formazione" (art. 95) e la "verificazione" (art. 96) dello stato passivo.

Nella *formazione dello stato passivo* il giudice delegato, sulla base dell'elenco cronologico delle domande formato dal cancelliere, procedeva, con l'assistenza del curatore, sentito il fallito ed assunte le opportune informazioni, ad una delibazione delle domande di ammissione e redigeva una bozza di stato passivo preliminare e provvisorio. Tale progetto aveva un carattere meramente indicativo rispetto agli interessati, i quali potevano prenderne visione, una volta avvenuto il deposito in cancelleria.

Nella prassi la "formazione" era ridotta ad una mera formalità, divenendo formazione e verifica dello stato passivo un "*adempimento unitario*". In merito la dottrina prevalente aveva concluso che, pure se la prassi era *contra legem*, poiché ometteva la fase di formazione esplicitamente prevista da disposizione di legge, la stessa non comportava violazioni, in quanto in sintonia con i principi di celerità e speditezza cui era finalizzata la procedura.

Alla fase preparatoria della formazione dello stato passivo provvisorio seguiva la *verificazione dello stato passivo*, in data stabilita nella sentenza dichiarativa di fallimento.

L'art. 96 L.F. disciplinava questa ulteriore fase conferendole i connotati di specialità, sommarietà¹⁷ e libertà di forme. In tale sede il giudice delegato procedeva, nel rispetto del

¹⁷ Cognizione sommaria non vuol dire che il giudice possa prescindere dai principi fondamentali del nostro sistema processuale, o che il giudice in tali processi abbia arbitrio di procedere e giudicare a sua piena e libera

principio del contraddittorio, all'esame del materiale probatorio depositato e dopo eventuali osservazioni degli interessati, provvedeva in merito a ciascuna istanza di insinuazione. Il giudice aveva ampi poteri inquisitori in virtù dei quali poteva acquisire direttamente le prove ritenute opportune e poteva tener conto di tutti gli ostacoli che si opponevano all'ammissione del credito o della garanzia, anche se non formavano oggetto di rilievo o di contestazione da parte di alcuno. In ogni caso la decisione veniva assunta sulla base delle prove acquisite dalle parti o d'ufficio. Tali provvedimenti erano suscettibili di modificazione da parte del giudice delegato anche dopo la chiusura delle operazioni dell'adunanza e sino a che lo stato passivo non assumeva la sua forma definitiva, con l'emanazione del decreto di esecutività *ex art. 97 L.F.*

Nella fase di verifica dello stato passivo il curatore era legittimato a sollevare osservazioni, contestazioni ed eccezioni sull'ammissibilità dei crediti ed assumeva un ruolo di "assistenza", fornendo al G.D. un parere obbligatorio, ma non vincolante. Al giudice delegato spettava il potere di rilevare d'ufficio i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del credito, oltre al potere di assumere "opportune informazioni", cioè di trarre convincimento da dichiarazioni del fallito e del curatore, che in quest'ultimo caso, potevano derivare anche da accertamenti contabili.

Erano legittimati alla partecipazione nell'udienza di verifica il fallito (che svolgeva una funzione di carattere collaborativo e da cui, come detto, potevano trarsi "fonti di informazione") ed i creditori¹⁸.

Normativa della riforma

La legge fallimentare modificata dal D.Lgs. n. 5/2006 prevede il «progetto e l'udienza di discussione» (art. 95) e la «formazione» (art. 96) dello stato passivo. Con la riforma il giudice delegato ed il curatore da organi della procedura, con sorveglianza del primo organo sull'operato del secondo, "cambiano l'abito" e divengono nel procedimento di verifica rispettivamente giudice della decisione e parte processuale.

Nell'art. 95, la disciplina viene innovata sin dalla fase di formazione del **progetto dello stato passivo**, da eseguirsi da parte del curatore. Questi, previo esame delle domande di ammissione, deve predisporre un completo progetto di stato passivo, rassegnando per ciascuna domanda le sue motivate conclusioni. In tale fase, il curatore deve eccepire direttamente i fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto azionato, nonché l'inefficacia

discrezionalità, ma sta ad indicare che la decisione non è presa a seguito di quel contraddittorio tecnico-giuridico che si attua nel processo ordinario.

¹⁸ Né il curatore, né il fallito rivestivano ruolo di parti formali nel procedimento. Ne discendeva che le uniche parti in senso formale erano i creditori, contraddittori tra loro e nei confronti di quelli ancora da ammettere. Ciascun creditore, infatti, era ricorrente e al tempo stesso resistente rispetto alle domande presentate dagli altri. I creditori (nonché i terzi titolari di diritti mobiliari su beni del fallito), in quanto soggetti interessati a non vedere aumentare la massa passiva e le garanzie, potevano sollevare eccezioni, muovere contestazioni e sottoporre istanze ed osservazioni all'attenzione del giudice delegato, che doveva tenerne conto ai fini della assunzione del provvedimento.

del titolo su cui si fondano il credito o la prelazione¹⁹. Il curatore, quindi, solleva tutte le eccezioni e tale precisazione riconosce al curatore anche la possibilità di far valere, già in sede di verifica del passivo, l'eventuale revocabilità del credito chiesto in insinuazione, o del titolo da cui esso dipende (c.d. *revoca in via breve*)²⁰. Il progetto va depositato presso la cancelleria entro il termine di 15 giorni prima della udienza di verifica e costituisce una sorta di comparsa di risposta, contenente, in relazione a ciascuna domanda, le motivate conclusioni del curatore, che possono essere nel senso della inammissibilità, dell'accoglimento totale o parziale, eventualmente con riserva e del rigetto della domanda. Nello stesso termine il progetto va trasmesso ai creditori e ai titolari di diritti sui beni all'indirizzo indicato nella domanda di ammissione.

Il termine di deposito per il progetto di stato passivo non è qualificato come perentorio ed il mancato rispetto non è sanzionato in alcun modo. Pertanto, nell'ipotesi in cui il curatore non rispetti il termine in questione, non decade dal relativo potere e l'unica conseguenza sarà, con molta probabilità, un rinvio dell'udienza tale da consentire ai creditori di beneficiare del tempo previsto per valutare le conclusioni del curatore²¹.

I creditori, i titolari di diritti sui beni ed il fallito possono esaminare il progetto e presentare al curatore osservazioni scritte e documenti integrativi fino a cinque giorni prima dell'udienza allo stesso indirizzo di posta certificata utilizzato per la domanda.

Nella normativa si ravvisa, quindi, uno spostamento della formazione del passivo dal giudice delegato al curatore che, se da un lato obbedisce all'esigenza di recuperare i primari valori di terzietà e di imparzialità del giudice, dall'altro attribuisce al curatore un gravoso compito di autentica parte processuale e non più di "assistente" dell'autorità giudiziaria. In via esemplificativa, il curatore dovrà verificare se il credito esaminato deriva da un negozio invalido; inefficace; revocabile; annullabile; posto in essere prima del fallimento e di conseguenza potrà eccepire l'inefficacia probatoria; l'inopponibilità della scrittura privata, l'intervenuto adempimento; la cessione del credito; la prescrizione; la decadenza; la compensazione.

Risulta abrogato il settimo comma dell'articolo 93 che sanciva l'obbligo del creditore di deposito, a pena di decadenza, di documenti dimostrativi del credito non presentati con la domanda, almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo: i **documenti dimostrativi** del diritto all'insinuazione devono oggi essere allegati alla domanda; tuttavia se dopo la formazione del progetto di stato passivo da parte del curatore si renda necessario il deposito di altra **documentazione integrativa**, questa potrà essere presentata fino a cinque giorni prima dell'udienza di verifica (art. 95, secondo comma, L.F.).

¹⁹ Il curatore deve, quindi, sollevare contestazioni e promuovere eccezioni, ma non formulare giudizi. Posto che il fallimento apre il concorso dei creditori anteriori, e solo di questi, sul patrimonio (del fallito) che il curatore ha il compito di liquidare, allo stesso organo viene attribuito il potere-dovere di contestare l'ammissione di quei creditori che non possono partecipare al concorso formale e sostanziale, in particolare utilizzando il criterio legale della certezza della data, essendo il discrimine per tale partecipazione segnato dall'antioriorità o posteriorità della data del titolo rispetto alla data del fallimento.

²⁰ Questa nuova posizione modifica integralmente i rapporti tra giudice e curatore nella fase dell'accertamento del passivo; il curatore ora non si limita più ad essere "fonte di informazioni" per il giudice, ma in qualità di parte, nella formazione del progetto di stato passivo deve essere attento a sollevare le necessarie eccezioni.

²¹ Il rinvio potrebbe essere evitato solo se tutti i creditori interessati presenziano all'udienza fissata e non eccepiscono la tardività del deposito; tuttavia tale ipotesi appare alquanto remota e scolastica.

Quindi mentre nella precedente previsione legislativa era ammessa la produzione tardiva di documenti non allegati alla domanda, purché nel termine perentorio di quindici giorni anteriori all'adunanza, con il "correttivo" è necessario che i documenti abbiano natura "integrativa" rispetto a quelli "dimostrativi", già necessariamente allegati alla domanda. La natura dei documenti dovrebbe essere una conseguenza delle conclusioni e delle eccezioni cui è pervenuto il curatore nel progetto di stato passivo. Non viene specificato se il giudice delegato possa disattendere una produzione documentale che non abbia carattere integrativo²² e, nel contempo, poiché la previsione del deposito di documenti "fino a cinque giorni prima dell'udienza" non è sanzionato a pena di decadenza, sembrerebbe sempre possibile un'integrazione documentale nel prosieguo della verifica, in relazione ad ulteriori controdeduzioni espresse dal curatore o da altri interessati. C'è il rischio che questo favorisca l'imprevisto proporsi solo all'udienza di questioni da approfondire e di documenti da esaminare, con *inevitabili ricadute sull'intento acceleratorio del legislatore*, connesso sia alla fissazione di un termine perentorio per la presentazione di domande tempestive, sia al deposito del progetto di stato passivo da parte del curatore, che potrebbe in tal modo essere svuotato da ogni significatività. Infatti non può escludersi che l'udienza possa subire un (probabile) immediato rinvio per consentire al curatore di prendere visione delle nuove produzioni ed eventualmente di controdedurre e che, come detto, sembrerebbe possibile un'integrazione documentale nel prosieguo della verifica, in relazione ad ulteriori controdeduzioni espresse dal curatore o da altri interessati e che ciò potrebbe condurre ad una *spirale di possibile spessore problematico*.

Il contraddittorio si cristallizza all'udienza di verifica innanzi al giudice delegato, ove *in primis* (ed in verbale di udienza) il curatore prenderà definitivamente posizione sulla domanda di cui sia stata eventualmente integrata una documentazione probatoria. Questo nuovo meccanismo rende l'udienza di accertamento del passivo il momento centrale del procedimento di verifica; contestualmente **diminuisce l'importanza del progetto di stato passivo**, la cui predisposizione sarà ancora più difficoltosa per il curatore, perché i creditori presenteranno la domanda con la consapevolezza di avere comunque la possibilità di rispondere in modo mirato alle conclusioni del curatore.

La prova del diritto fornita dal creditore deve essere scritta con data certa (es. atti pubblici, scritture private autenticate); se la scrittura non è richiesta *ad substantiam* o *ad probationem*, può

²² Non è difficile prevedere un ampio dibattito in merito alla natura (dimostrativa o integrativa) dei documenti; in ogni caso sembrerebbe non si possa escludere la produzione di ulteriori documenti dimostrativi, ove il curatore abbia escluso il credito per carenza di prova.

essere fornita tramite qualunque mezzo di prova ordinario²³. L'onere della prova della certezza della data incombe sul creditore che intende avvalersi del documento. Oltre alla prova della certezza della data del documento, il creditore deve fornire la prova del credito non limitandosi ad una prova fondata sulla mera verosimiglianza, sul *fumus boni juris*, come nei giudizi sommari cautelari, ma deve fornire la prova completa della pretesa fatta valere²⁴.

Nel corso dell'udienza di verifica il giudice delegato, anche in assenza delle parti, tenuto conto delle eccezioni sollevate dal curatore, di quelle rilevabili d'ufficio e di quelle sollevate dagli altri creditori, decide su ciascuna domanda "nei limiti delle conclusioni formulate"; l'ammissione del credito da parte del giudice delegato non può essere mai ampliativa, ma solo riduttiva (per importo o prelazioni) rispetto al richiesto²⁵. Nella considerazione che il curatore è divenuto parte formale del procedimento di verifica con potere di eccepire fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto azionato, nonché di eccepire l'inefficacia del titolo su cui si fondano il credito o la prelazione, ne consegue che il giudice delegato può decidere solo sulle domande ed eccezioni formalmente sollevate dalle parti; in altri termini l'intervento del giudice, che recupera la sua posizione di terzietà ed imparzialità, è richiesto solo ove vi siano contestazioni tra la posizione del creditore ricorrente e quella del curatore. Ciò si desume dalla lettera dell'art. 95 in commento, ove si afferma che, compatibilmente con le esigenze di celerità del procedimento, il giudice può provvedere ad atti di istruzione, solo "su richiesta delle parti". In particolare se il credito del ricorrente non deve essere ammesso al passivo in quanto collegato ad un titolo revocabile, è ancora possibile la revocatoria incidentale, tuttavia il giudice delegato non può più farlo d'ufficio, ma solo ed esclusivamente se il curatore ha sollevato la relativa eccezione, allo scopo di escludere o modificare l'ammissione del credito al passivo del fallimento. In definitiva il giudice delegato assume il ruolo di giudice terzo e imparziale risolutore di conflitti nel contraddittorio tra le parti, privo di poteri ufficiosi di indagine; la sua posizione è ora assimilabile, pur permanendo la

²³ I creditori rimangono liberi di richiedere la tutela fallimentare dei loro crediti, ma viene ad essi parzialmente sottratto il monopolio sulla prova, nel senso che l'onere probatorio rimane fermo in quanto incombe al creditore provare i fatti costitutivi del proprio diritto, tuttavia il curatore prima ed il giudice successivamente, nel valutare se tale onere è stato adempiuto, possono utilizzare d'ufficio la documentazione del fallito e servirsi di altre fonti di informazione. Nel giudizio dovrebbero essere escluse la prova testimoniale, la confessione ed il giuramento, risultando sostanzialmente incompatibili le prove di "lunga indagine" ed, in generale, essendo impedito il ricorso alle prove "costituende" in un procedimento che esige celerità.

²⁴ La pretesa fondata su un titolo giudiziario passato in giudicato, sia esso una sentenza o un decreto ingiuntivo, è vincolante per l'ammissione del credito. In ipotesi di decreto ingiuntivo non passato in giudicato al momento della dichiarazione di fallimento del debitore ingiunto, è costante nella giurisprudenza della Suprema Corte l'inopponibilità del titolo, considerato *tam quam non esset* rispetto alla procedura. Quanto alle fatture emesse dal creditore, esse, in quanto atti unilaterali, non sono probanti; possono costituire piena prova tra le parti del relativo contratto in conseguenza della loro accettazione da parte del destinatario, ma non possono costituire fonte di prova documentale di diritti ed obblighi di terzi estranei al rapporto contrattuale sottostante.

²⁵ Il giudice deve decidere *iuxta alligata et probata*, non potendo concedere più di quanto la parte chiede.

sostanziale differenza della natura sommaria del procedimento, a quella del giudice in un ordinario giudizio di cognizione, tenuto al rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La norma non prevede più l'intervento del fallito in udienza, ma statuisce solo il diritto di essere sentito in merito al contenuto delle domande.

Se le operazioni non possono esaurirsi in una sola udienza, il giudice ne rinvia la prosecuzione "a non più di otto giorni"²⁶, senza che sia necessario alcun avviso per gli intervenuti e per gli assenti.

Nell'art. 96, L.F. viene disciplinata la *formazione* dello stato passivo, precisando che il giudice delegato con decreto accoglie, in tutto o in parte, oppure respinge la domanda.

Con la riforma del 2006 tale decreto doveva essere succintamente motivato solo in caso di *contestazioni da parte del curatore* sulla domanda proposta, altrimenti poteva mancare di motivazione del giudice, posto che dovevano intendersi richiamate *per relationem* le conclusioni formulate dal curatore nel progetto di stato passivo e già rese note in precedenza. Nella norma appariva un evidente contrasto con l'art. 111, sesto comma, della Costituzione, in quanto lasciava fuori dall'obbligo di motivazione del decreto l'ipotesi in cui un'eccezione relativa al credito fosse stata formulata da un altro creditore. Con il testo "corretto" dal legislatore del 2007 il decreto con cui il giudice delegato provvede ad accogliere, in tutto o in parte, ovvero a respingere o dichiarare inammissibile la domanda di insinuazione proposta dal creditore, **deve essere sempre succintamente motivato**, indipendentemente se vi siano o meno contestazioni da parte di alcuno²⁷.

Con riferimento al contenuto del decreto, il giudice delegato può:

- dichiarare inammissibile il ricorso, nel qual caso la stessa domanda può essere riproposta, ma ovviamente, essendo scaduto il termine perentorio di proposizione, solo come domanda tardiva;
- respingere la domanda, nel qual caso non è possibile riproporre la medesima domanda;
- accogliere in tutto o in parte la domanda²⁸;
- disporre un'ammissione con riserva²⁹.

In sostanza il giudice delegato non ha più i poteri discrezionali che gli venivano riconosciuti nel vigore della L.F. del 1942 ed inoltre non potrà far parte del collegio che dovrà eventualmente decidere sulle impugnazioni allo stato passivo. Nel contempo il

²⁶ Ovviamente il termine è da ritenersi puramente ordinatorio, non consentendo la realtà dell'organizzazione giudiziaria una diversa interpretazione.

²⁷ Da ciò si potrebbe riflettere se il giudice delegato, dopo l'intervento correttivo, **possa disattendere anche eventuali crediti non contestati da alcuno**, capovolgendo così l'orientamento unanimemente formatosi in senso negativo; in ogni caso i poteri del giudice non sono certamente ampi, non avendo poteri istruttori, ma potendo rilevare solo eccezioni in senso lato.

²⁸ Per l'opportuna coordinazione con il nuovo art. 93, viene soppresso dal D.Lgs 169/07 il secondo comma dell'art. 96 che imponeva al giudice delegato di indicare, con il provvedimento di accoglimento della domanda, anche **il grado** dell'eventuale diritto di prelazione.

²⁹ V. paragrafo successivo.

curatore è stato riconosciuto come parte formale del processo, in posizione di parità rispetto all'altra (creditore ricorrente) e gli è stata riconosciuta in sede di impugnazione medesima posizione di parità.

5. Ammissione con riserva

Nel terzo comma dell'art. 96, viene data individuazione dei creditori ammissibili con **riserva**, aventi diritto di accantonamento di quote all'atto di riparti parziali, fino allo scioglimento della riserva³⁰.

Esistono cinque tipologie di riserva, a loro volta qualificabili come riserve generali e riserve particolari. Sono **riserve generali** quelle concernenti l'ammissione di crediti condizionali (art. 55 L.F.) e di crediti mancanti di documentazione giustificativa, momentaneamente non in possesso del creditore per causa allo stesso non imputabile. Sono **riserve particolari** quelle concernenti l'ammissione di crediti che non possono farsi valere contro il fallito se non previa escussione dell'obbligato principale (art. 55 L.F.), quelle per crediti tributari contestati (non definitivamente accertati, ma in attesa di definizione presso la Commissione tributaria: art. 88, 2° comma, D.P.R. 602/73 e succ. mod.) e quelle per crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale, non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento.

Differentemente dalla previgente disposizione dell'art.95, comma 2, L.F. che consentiva l'ammissione al passivo dei crediti per i quali "non erano stati ancora presentati i documenti giustificativi", più rigorosa appare la nuova disposizione dell'art.96, comma 3, L.F., in quanto non si richiede il solo fatto obiettivo della mancata presentazione dei documenti giustificativi, ma necessita che "la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore". In sostanza il creditore non deve avere responsabilità in ordine alla mancata produzione del titolo, ovvero tale omissione non deve essergli addebitabile.

Ulteriore ipotesi di adozione di provvedimento di ammissione al passivo con riserva, introdotta dalla riforma, è quella per crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale, non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento. La norma aggiunge che il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione. In realtà il giudice delegato, decidendo di ammettere il credito con riserva, deve necessariamente autorizzare il curatore a promuovere o a proseguire il giudizio di impugnazione della sentenza non passata in giudicato, altrimenti significa che ritiene fondata la suddetta

³⁰ I creditori ammessi con riserva acquistano il diritto all'accantonamento della quota (art. 113 L.F.) ed all'esercizio del diritto di voto nel concordato fallimentare (art. 127 L.F.); in generale, si ritiene che possano esercitare tutti i poteri riconosciuti a favore dei titolari di crediti verificati, tra cui il potere di far parte del comitato dei creditori, di proporre l'impugnazione e la revocazione dei crediti ammessi e di proporre reclamo *ex art. 26 L.F.* avverso i decreti del tribunale e del giudice delegato e reclamo *ex art. 36, L.F.* contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (per ulteriori richiami, Maffei Alberti, *Commentario, cit., sub art. 95, 384*).

decisione e quindi il credito stesso andrebbe ammesso in via definitiva e non con riserva. Si ritiene che, stante l'espressa previsione normativa, la disposizione in esame sia applicabile soltanto quando il creditore abbia ottenuto una sentenza non definitiva e non un altro provvedimento giurisdizionale come il decreto ingiuntivo³¹.

In dottrina si riconoscono anche altre riserve "atipiche" diffuse nella prassi; tuttavia, secondo giurisprudenza dominante, eventuali riserve atipiche si considerano come non apposte e quindi inidonee ad inficiare l'ammissione del credito³².

Prima della riforma era controverso come dovesse essere disposto lo **scioglimento della riserva** dopo il verificarsi della causa di sospensione: c'era chi sosteneva che lo scioglimento andava disposto nella forma della dichiarazione tardiva (art. 101 L.F.), chi in sede di effettuazione di riparto ed infine chi sosteneva che lo scioglimento andava disposto *de plano* dal giudice delegato. L'ultima affermazione appariva la più condivisibile. La riforma ha introdotto *ex novo* l'art. 113-bis L.F., disciplinante lo scioglimento delle ammissioni con riserva; la norma prevede che allorquando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, *su istanza del curatore o della parte interessata*, il giudice delegato *con decreto modifica lo stato passivo*, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente. Quindi, per crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, ottenuto il provvedimento di ammissione con riserva, il creditore dovrà soltanto attendere l'esito del giudizio di impugnazione innanzi al giudice ordinario o speciale.

In definitiva l'unica modalità dello scioglimento della riserva è il decreto del giudice delegato, al momento del verificarsi "dell'evento", intendendosi con tale accezione il verificarsi di tutti i fatti che costituiscono la premessa per ottenere il provvedimento di ammissione con riserva.

Lo scioglimento della riserva deve essere comunicato dal curatore agli altri creditori, al fine di consentire un'eventuale impugnazione del credito ammesso, ai sensi dell'art. 98, L.F.

6. L'esecutività dello stato passivo

La riforma sopprime la previsione che consentiva al giudice delegato di riservarsi la definitiva formazione dello stato passivo, sicché il decreto di esecutività dovrà essere necessariamente pronunciato in udienza di discussione, al termine dell'esame di tutte le domande.

Lo stato passivo si chiude con il decreto del giudice che lo dichiara esecutivo e dispone il deposito in cancelleria (art. 96, L.F.); il curatore, immediatamente dopo la dichiarazione di

³¹ In tal senso cfr. Pellegrino, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 2006, 152.

³² La giurisprudenza della Suprema Corte è costantemente orientata nel senso di negare rilevanza alle c.d. riserve atipiche, tra cui si ricordano, per maggiore frequenza, la riserva di accertamento del *quantum* di un credito e la riserva di azione revocatoria (Cass. 21 novembre 1997, n. 11642, in *Fall.*, 1998, 808; Cass. 9 ottobre 1996, n. 8835, in *Foro it.*, 1997, 1, 858; Cass. 5 ottobre 1992, n. 10936, in *Fall.*, 1993, n. 279).

esecutività, ne dà comunicazione a ciascun creditore trasmettendo una copia a tutti i ricorrenti, informandoli di proporre opposizione (art. 97, L.F.)³³.

Discussa era la *natura giuridica* del decreto di esecutività. La dottrina proponeva diverse soluzioni: secondo una prima tesi, il decreto esplicava efficacia di giudicato in ordine all'esistenza o meno di un credito anche al di fuori della procedura fallimentare; secondo altra tesi, il decreto esplicava un'efficacia esclusivamente endofallimentare, per l'assoluta carenza di difesa sostanziale del fallito, che non è parte nel giudizio e non ha potere di impugnazione dei crediti ammessi. Non mancavano anche altre soluzioni minoritarie. La giurisprudenza aderiva con orientamento consolidato alla seconda delle tesi sopra richiamate, affermando che l'efficacia endofallimentare del decreto di esecutività discendeva dalla natura sommaria del procedimento di accertamento del passivo.

L'art. 96 L.F. novellato, ponendo fine ai contrasti interpretativi, dispone che sia il decreto di esecutività dello stato passivo, sia le decisioni assunte dal tribunale all'esito delle impugnazioni di cui agli artt. 98 e 99, *producono effetti soltanto all'interno della procedura fallimentare* (c.d. efficacia endofallimentare).

8.7 Le modifiche allo stato passivo

Il legislatore ha previsto la possibilità di modifica dello stato passivo dopo il decreto di esecutività, nell'eventualità che si concludano favorevolmente per il ricorrente un'*opposizione* allo stato passivo, un'*impugnazione* di crediti ammessi, una *revocazione* di crediti ammessi o un'*insinuazione tardiva*³⁴.

La legge del 1942 disciplinava la materia mediante gli artt. 98 (opposizione), 100 (impugnazione), 101 (dichiarazione tardiva) e 102 (revocazione), mentre l'art. 99 statuiva l'istruzione e la decisione dell'opposizione e dell'impugnazione.

La normativa è stata profondamente rivisitata dal legislatore della riforma ed oggi:

- l'art. 98, L.F. contiene la previsione di un'unica ampia categoria di "impugnazioni" dello stato passivo, all'interno della quale si collocano, le tre *species* dell'opposizione, dell'impugnazione propriamente detta e della revocazione;
- l'art. 99, L.F. governa l'unificato procedimento di impugnazione, mediante modello camerale, destinato a chiudersi con decreto non reclamabile, ma ricorribile per cassazione³⁵;

³³ La comunicazione è data a mezzo PEC.

³⁴ Gli errori materiali contenuti nello stato passivo sono corretti con decreto del giudice delegato su istanza del creditore o del curatore, sentito il curatore o la parte interessata.

³⁵ In argomento, ritenendosi che i giudizi di impugnazione sono strumenti per attuare in via ritardata la piena cognizione dopo una fase sommaria, c'è chi ritiene il "salto diretto" in Cassazione ingiustificato e passibile di censura di incostituzionalità.

- Part. 101, L.F. disciplina le domande tardive di crediti.

7.1 Opposizione allo stato passivo

Sono legittimati all'**opposizione** allo stato passivo reso esecutivo dal giudice, i creditori non ammessi in tutto o in parte e quelli per i quali è stata esclusa, anche in parte, una causa di prelazione.

L'opposizione è l'unico strumento a disposizione del creditore per palesare le proprie doglianze avverso l'esclusione, anche parziale, effettuata dal giudice delegato. Non è infatti possibile la proposizione del reclamo ai sensi dell'art. 26 L.F., né è possibile proporre un'insinuazione tardiva (art. 101 L.F.), per tentare di ottenere l'ammissione al passivo dello stesso credito già portato da un'istanza di insinuazione tempestivamente depositata. Sono inammissibili nel ricorso nuove domande ampliative, non potendo l'opponente ampliare il *petitum* né modificare la *causa petendi*, ovvero l'oggetto della richiesta e l'individuazione dei fatti e degli elementi di diritto che ne costituiscono il fondamento.

Giudizio nella L.F. del 1942

Nella L.F. del 1942 l'atto introduttivo dell'opposizione del creditore escluso veniva proposto mediante ricorso, con il patrocinio di un legale, al giudice delegato. L'opposizione, che apriva un giudizio di cognizione, nel quale giudice istruttore era lo stesso giudice delegato, doveva essere proposta entro il termine perentorio di 15 giorni dalla data di ricezione della raccomandata con avviso di ricevimento, spedita dal curatore³⁶.

La mancata proposizione dell'opposizione nei termini comportava (e comporta) effetti preclusivi per le ragioni creditorie, acquistando il decreto di esecutività dello stato passivo, forza di giudicato.

Secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, era pacificamente escluso, in sede di opposizione allo stato passivo, che il curatore potesse impugnare un'ammissione di credito disposta dal G.D. (c.d. divieto di *reformatio in peius*). Il giudizio di opposizione, ove era ammessa la prova nei modi previsti per il giudizio ordinario, assumeva una funzione "correttiva", essendo fase a cognizione piena, rispetto alla valutazione sommaria della fase di verifica dei crediti. Ai sensi dell'art. 98, comma 3, L.F., il creditore aveva obbligo di costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza: sulla scorta di tale disposizione era principio

³⁶ Ai sensi dell'art. 98 L.F. del 1942, il ricorso andava presentato entro 15 giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo. Sulla decorrenza del termine, vi era stato ampio il dibattito giurisprudenziale. Il nodo era stato sciolto dall'intervento della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 102/86 aveva dichiarato l'illegittimità del comma 1 della disposizione, in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui disponeva che i creditori esclusi, o ammessi con riserva, potevano proporre l'opposizione entro 15 giorni dal deposito dello stato passivo e non dal ricevimento della raccomandata inviata dal curatore. Si era così voluto dare ampio risalto al momento dell'effettiva conoscenza del deposito dello stato passivo, fermo restando che, all'eventuale omissione dell'adempimento da parte del curatore, conseguiva la possibilità di esperire il rimedio entro un anno dal deposito.

consolidato in giurisprudenza³⁷ che l'inosservanza del termine determinava la decadenza dell'opposizione, non sanabile da una riproposizione della stessa. In argomento anche la Corte Costituzionale con la sentenza n.120 del 1986 aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità del terzo comma, allora sollevata con riferimento all'art. 24 della Costituzione. L'art. 98, comma 4, L.F., concedeva la possibilità dell'intervento in causa degli altri creditori, al fine di far valere le proprie ragioni nei confronti dell'opponente, chiedendo la conferma dello stato passivo.

Ritenuta la causa matura per la decisione il giudice istruttore rimetteva le parti avanti al collegio³⁸. La decisione era assunta con sentenza provvisoriamente esecutiva, avverso cui era possibile proposizione di appello entro 15 giorni dalla notifica della sentenza di primo grado e proposizione di successivo ricorso per cassazione, nei successivi 30 giorni dalla notifica della sentenza di secondo grado³⁹.

Giudizio post riforma

Come già accennato, l'art. 99 L.F. riformato, governa *l'unificato procedimento di impugnazione*, prevedendo che avverso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo può essere proposta opposizione, impugnazione dei crediti ammessi o revocazione. Con l'opposizione il creditore contesta che la propria domanda sia stata accolta solo in parte o sia stata respinta. Nel vigore della L.F. del 1942 la fase istruttoria dei giudizi di impugnazione dello stato passivo era caratterizzata dalla presenza del giudice delegato anche nella seconda ed eventuale fase, come giudice istruttore. La partecipazione del giudice delegato era stata fortemente contrastata, tanto che si erano avanzati dubbi di legittimità costituzionale, che però la Corte Costituzionale⁴⁰ aveva escluso. *Post* riforma il legislatore ha fatto proprie tutte le critiche che la dottrina aveva avanzato avverso la soluzione data dalla Corte Costituzionale: infatti il nuovo art.99, L.F., esplicitamente esclude che il giudice delegato possa far parte del collegio. Ciò appare in linea con il nuovo procedimento di verifica del passivo dove nella fase sommaria innanzi al giudice delegato, lo stesso assume una posizione di terzietà.

L'opposizione è proposta nei confronti del curatore mediante ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale, entro trenta giorni dalla comunicazione (da parte del curatore) dell'esito del procedimento di accertamento del passivo, di cui all'art. 97, L.F.

Il ricorso deve contenere:

³⁷ *Ex multis* Cassazione 28/04/2004 n.8095 e 05/01/2005 n.1495.

³⁸ La legge istitutiva del tribunale in composizione monocratica e quella che ha previsto la creazione del giudice unico, ha espressamente previsto la riserva di collegialità per alcuni tipi di giudizi, tra i quali vi era quello di cui ci occupa.

³⁹ Entrambi i termini risultavano dimezzati rispetto agli ordinari, in quanto funzionali alle esigenze di celerità e speditezza della procedura fallimentare. I termini di impugnazione dalla notifica risultavano perentori, salvo la possibilità di proporre appello o ricorso nel termine di un anno dalla pubblicazione della sentenza, in assenza di notifica.

⁴⁰ Corte Costituzionale sentenza del 18 gennaio 1970 n. 158 e Corte Costituzionale sentenza del 29 aprile 1975 n. 94.

- l'indicazione del tribunale, del giudice delegato e del fallimento;
- le generalità dell'impugnante e l'elezione del domicilio nel comune ove ha sede il tribunale che ha dichiarato il fallimento;
- l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni;
- a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio e l'indicazione specifica dei mezzi di prova⁴¹ di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Il procedimento per le impugnazioni contro il decreto di esecutività dello stato passivo risulta “corretto” dal legislatore del 2007 (rispetto a quello previsto dalla riforma del 2006) e viene incardinato in una peculiare procedura non più espressamente definita in camera di consiglio, anche se la relazione accompagnatoria ministeriale si riferisce a “*un rito camerale fallimentare...sulla falsariga del rito del lavoro*”. Le modifiche più incisive riguardano la possibilità di delega della trattazione istruttoria ad un giudice del collegio e la soppressione della decisione in via provvisoria; viene, infatti, prevista la celebrazione di udienza, tendenzialmente unica, in cui il collegio o il giudice relatore ammette i mezzi istruttori richiesti e provvede al relativo espletamento. Nel secondo comma viene modificato il punto n.4 prescrivendosi che nel ricorso introduttivo devono essere contenute “a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti”. Similmente nel comma settimo analoghi oneri sono imposti alla parte resistente (si statuisce che “la costituzione si effettua mediante il deposito in cancelleria di una memoria difensiva contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti”): necessita infatti stabilire un preciso limite dei fatti controversi e dei mezzi di prova, onde poter pervenire ad una rapida decisione. Il comma undicesimo disciplina la decisione del tribunale che entro sessanta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, deve provvedere “in via definitiva”⁴² sull'opposizione con decreto motivato. Il decreto collegiale ha efficacia endoprocessuale e non è idoneo al giudicato; non è reclamabile o modificabile, ma solo ricorribile per cassazione, “essendo in gioco” diritti soggettivi. Il termine per il ricorso (trenta giorni dalla comunicazione da parte della cancelleria) risulta tuttavia dimezzato dal legislatore (essendo l'ordinario ricorso per cassazione soggetto al termine di sessanta giorni).

Riassumendo mediante la “correzione” dell'art. 99, L.F.:

- sono stati mantenuti la forma e i termini dell'atto introduttivo;
- sono state incluse anche le eccezioni non rilevabili d'ufficio nel meccanismo

⁴¹ Ai fini probatori è pacifico che il titolo già prodotto in sede di verifica dei crediti deve intendersi ritualmente prodotto anche nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

⁴² La specificazione del legislatore appare superflua, in quanto nella versione finale della norma non esiste più una decisione provvisoria.

decadenziale previsto nei confronti del ricorrente;

- il termine minimo a comparire in favore del convenuto è rimasto di trenta giorni (non qualificati, però, come liberi);
- è stata prevista la delegabilità al relatore della trattazione del procedimento (e non solo dell'assunzione delle prove);
- non è stato più previsto un potere istruttorio officioso, ma solo l'ammissione e l'espletamento di "mezzi istruttori";
- la fase decisoria risulta semplificata, recitando la norma che "il collegio provvede in via definitiva sull'opposizione, impugnazione o revocazione con decreto motivato entro sessanta giorni dall'udienza o dalla scadenza del termine eventualmente assegnato per il deposito di memorie";
- il decreto del collegio è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione.

In definitiva la disposizione sembra confermare il fatto che con l'impugnazione allo stato passivo si instaura un giudizio di secondo grado, per il quale dovrebbero valere i limiti propri dei giudizi di gravame e da ciò si potrebbe desumere che il curatore dovrebbe sempre costituirsi in tale giudizio.

7.2. Impugnazione contro i crediti ammessi

Con l'**impugnazione** il curatore ed i creditori, tempestivamente insinuati nello stato passivo, hanno legittimazione attiva per impugnare l'ammissione di altri creditori, contestandone l'accoglimento della domanda di ammissione; l'impugnazione è rivolta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta. Al procedimento partecipa, in ogni caso, anche il curatore. Sul ricorrente incombe l'onere probatorio di dimostrare la fondatezza dell'impugnazione, avendo il creditore impugnato già dimostrato in sede di verifica l'esistenza del proprio credito. È controverso il ruolo del creditore impugnante: c'è chi afferma che sia portatore dell'interesse di tutti i creditori, di contro c'è chi sostiene che il creditore sia portatore solo del proprio interesse. Aderendo a questa seconda prospettazione, bisognerebbe dedurre che i creditori ammessi con privilegio (o con privilegio di rango superiore) non sono legittimati ad impugnare i crediti ammessi in chirografo (o con privilegio di rango inferiore). La tesi non ci sembra condivisibile, specialmente oggi che è stato riconosciuto anche al curatore un autonomo potere di impugnazione.

È possibile proporre l'impugnazione avverso il decreto ammissivo di un credito, reso dal giudice delegato in sede insinuazione tardiva, avendo tale decreto medesima natura di quello che dichiara esecutivo lo stato passivo ed applicandosi la norma per espresso richiamo dell'art. 101 L.F.

Giudizio nella L.F. del 1942

Il giudizio di impugnazione era disciplinato sulla falsariga di quello dell'opposizione allo stato passivo⁴³. Le impugnazioni dovevano essere proposte mediante ricorso, entro il termine perentorio di 15 giorni dalla data di ricezione della raccomandata a/r spedita dal curatore per l'avviso dell'esecutività dello stato passivo⁴⁴.

Il ricorso andava proposto con il patrocinio di un difensore, con notifica al creditore di cui si voleva impugnare il diritto e notifica al curatore.

La legittimazione del curatore o del fallito per l'impugnazione, *era pacificamente esclusa*.

Anche la sentenza che decideva sull'impugnazione era soggetta ai gravami dell'appello e della Cassazione. Lo schema procedimentale del gravame era quello contenuto nell'art. 99, nn. 5 e 6, L.F. del 1942, come modificato, per ciò che riguarda i termini di impugnazione, dagli interventi della Corte Costituzionale.

Giudizio post riforma

Come già esplicitato, tutte le "impugnazioni" generali di cui all'art. 98 L.F. (quindi anche l'impugnazione del credito ammesso, propriamente detta), si propongono con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale, entro trenta giorni dalla comunicazione del curatore dell'esito del procedimento di accertamento del passivo, di cui all'art. 97, L.F. Il procedimento risulta quindi unificato per l'impugnazione e per l'opposizione, trattata al paragrafo precedente.

Da segnalare, come già detto, che differentemente dall'art. 98 L.F. del 1942, che prevedeva il diritto di impugnazione solo per "ciascun creditore" e da cui dottrina e giurisprudenza avevano pacificamente escluso la legittimazione del curatore per l'impugnazione, con la riforma viene espressamente legittimato il curatore alla contestazione del diritto di un creditore, la cui domanda è stata accolta dal giudice delegato. Tale riconoscimento è strettamente connesso alla nuova qualità di parte formale nei giudizi di accertamento del passivo, attribuita al curatore in sede di riforma. Il fallito, invece, continua a non essere legittimato ad impugnare i crediti ammessi; infatti, non gli è stata riconosciuta la qualità di parte formale nei giudizi di accertamento dei crediti, ritenendosi sufficiente la partecipazione del curatore per la tutela dei suoi interessi.

⁴³ Non era possibile impugnare un credito ammesso al passivo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che aveva accolto l'opposizione *ex* art. 98 L.F. del 1942, in quanto il creditore avrebbe dovuto palesare le proprie doglianze intervenendo nel giudizio di opposizione.

⁴⁴ L'inizio della decorrenza del termine di quindici giorni entro il quale il ricorso doveva essere depositato in cancelleria, era stato individuato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 102/1986, dichiarativa dell'illegittimità del comma 1 dell'art. 100 L.F., in riferimento all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui prevedeva che il termine decorresse dal deposito dello stato passivo in cancelleria e non dal momento della ricezione della raccomandata con avviso di ricevimento del curatore, che informava dell'avvenuto deposito. Parimenti, con una successiva pronuncia, (Corte Cost. n. 538/1990), il Giudice delle leggi aveva equiparato la posizione dei creditori ammessi tardivamente a quella di coloro ammessi tempestivamente; si era così stabilito che il termine *de quo*, iniziasse a decorrere dal ricevimento della raccomandata con la quale il curatore avvisava tutti i creditori del deposito, in cancelleria, del decreto modificativo dello stato passivo. Il termine per la proposizione del rimedio era perentorio e ad esso si applicava la sospensione feriale.

7.3. Revocazione di crediti ammessi

La **revocazione** è un mezzo di impugnazione straordinario, finalizzato ad evitare alterazioni, anche dolose, dello stato passivo, in cui hanno legittimazione attiva qualunque creditore concorrente ed il curatore fallimentare⁴⁵. Per l'inizio dell'azione, non è necessaria per il curatore alcuna autorizzazione. Il fallito non è legittimato alla proposizione dell'azione, anche se gli è riconosciuto il potere di segnalare, al curatore, gli aspetti sui quali poter fondare un'azione di revocazione⁴⁶. La revocazione può essere proposta dai legittimati, qualora si scopra che l'ammissione di un credito o di una garanzia è stata determinata da falsità, dolo o errore essenziale di fatto e nell'ipotesi in cui si rinvenano documenti decisivi precedentemente ignorati o non prodotti tempestivamente per causa non imputabile.

Ai fini della revocazione si ritiene che:

- il requisito della **falsità** deve essere cercato solo nelle prove sulle quali la pronuncia del giudice che si impugna è stata emessa, non potendo essere riscontrato anche in atti meramente processuali;
- il **dolo** non consiste nella semplice circostanza del *mendacio*, ma è necessaria l'esplicazione di un'attività che possa influire, direttamente o indirettamente, sulla formazione della decisione;
- l'**errore essenziale di fatto** deve concretizzarsi in una inesatta percezione della realtà da parte del giudice, ossia nella errata supposizione o esclusione di una situazione influente ai fini della decisione;
- il rinvenimento di **documenti decisivi** va inteso nel senso di idoneità del documento stesso a determinare una modifica del provvedimento impugnato, in favore della parte che chiede la revocazione.

La revocazione è ammissibile sia che si voglia contestare un credito consacrato con il decreto *ex art.* 96 L.F., sia che si voglia sottoporre a impugnativa un credito il cui accertamento è avvenuto a seguito dei giudizi di opposizione, impugnazione e domanda tardiva.

L'istituto della revocazione è previsto dal codice di procedura civile come mezzo sia ordinario che straordinario di impugnazione; in sede fallimentare è prevista solo la revocazione straordinaria, ovvero determinata da falsità, dolo o errore essenziale di fatto e rinvenimento di documenti decisivi precedentemente ignorati⁴⁷.

⁴⁵ Prima del D.Lgs. n. 5/2006 questo era l'unico caso in cui alla curatela era riconosciuto il potere di contestare un credito ammesso al passivo dal giudice delegato.

⁴⁶ Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 2599/1983 dichiarativa della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'esclusione della legittimazione del fallito.

⁴⁷ Il procedimento *de quo* risulta costruito sul modello del giudizio di revocazione ordinaria, così che si può, fondatamente, sostenere che esista un rapporto di *genus a species* tra il processo ordinario di revocazione e quello in esame. Anche in quest'ultimo tipo di giudizio si possono distinguere due fasi, una rescindente e

La regola generale che *i pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti*, trova un'eccezione nel caso di accoglimento di domande di revocazione: i creditori che hanno percepito pagamenti per crediti successivamente revocati, devono restituire le somme riscosse, oltre gli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore.

Giudizio nella L.F. del 1942

Avverso l'ammissione definitiva di un credito o di una garanzia nello stato passivo, era esperibile, fino all'esaurimento di tutte le ripartizioni di attivo, la revocazione. Il giudizio di revocazione di un credito doveva essere iniziato con la proposizione di un ricorso al giudice delegato, che fissava la data dell'udienza di comparizione delle parti e indicava il termine entro il quale doveva avvenire la notificazione del ricorso; il mancato rispetto del termine comportava la decadenza dall'azione⁴⁸.

Per ciò che concerne i termini di comparizione, il giudizio di cui si tratta si differenziava da quelli *ex artt. 98 e 100 L.F. del 1942*, in quanto non prevedeva la costituzione cinque giorni prima dell'udienza e, quindi, si applicavano i termini del giudizio ordinario di cognizione di primo grado. La trattazione della causa avveniva secondo lo schema previsto per i giudizi *ex artt. 98, 100, 101, L.F. ante riforma* e, anche per questo tipo di causa, vigeva la riserva di collegialità.

Giudizio post riforma

Con la revocazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili, decorsi i termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione, possono chiedere che il provvedimento di accoglimento o di rigetto vengano revocati se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi, non prodotti tempestivamente per causa non imputabile. La revocazione è proposta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta, ovvero nei confronti del curatore quando la domanda è stata respinta. Nel primo caso, al procedimento partecipa anche il curatore.

La revocazione si propone, come tutte le "impugnazioni generali" di cui all'art. 98, L.F. con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale. Tutte le disposizioni del procedimento (già trattate nel paragrafo concernente l'opposizione) sono comuni, con esclusione della **decorrenza del termine** entro cui proporre l'azione: per l'opposizione e l'impugnazione di crediti, i trenta giorni decorrono dalla comunicazione di cui all'art. 97 L.F., in caso di revocazione medesima decorrenza è stabilita «**dalla scoperta del fatto o del documento**».

una rescissoria: nel corso della prima si deve giudicare, unicamente, dell'ammissibilità, o meno, dell'istanza; nella seconda fase si deve esaminare, compiutamente, il merito della domanda.

⁴⁸ V. però Ragusa Maggiore, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1974, 230, secondo cui era possibile la riproposizione del ricorso.

7.4. Insinuazioni tardive

La riforma del D.Lgs. n. 5/2006 detta una diversa disciplina per le **domande tardive**, rispetto alla legge fallimentare del 1942, riformulando l'art. 101 L.F.; caratteri di novità, oltre il *dies a quo* per considerare la domanda del creditore non più tempestiva, sono la riduzione dei termini per la presentazione della domanda⁴⁹ e la possibilità di estensione temporale del termine (fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo) ai soli casi di comprovata causa non imputabile al creditore. Un credito per essere insinuato tardivamente deve essere differente da quanto fatto valere in sede ordinaria, sia nel *petitum* che nella *causa petendi*⁵⁰. Ciò sia perché l'insinuazione ordinaria assume valore di "giudicato interno"⁵¹, sia per l'incontestabile esigenza di evitare che il ricorso all'insinuazione tardiva divenga facile strumento giuridico di elusione del rispetto dei termini imposti dalla legge per proporre opposizione allo stato passivo.

Controversa è la possibilità di proporre insinuazioni tardive nell'ipotesi in cui, non essendo state presentate domande di ammissione tempestiva, la procedura debba essere chiusa ai sensi dell'art. 118, n. 1, L.F. La prevalente giurisprudenza di merito riteneva che la mancata presentazione di domande tempestive determinasse la chiusura del fallimento, a nulla rilevando eventuali insinuazioni tardive. Oggi, a maggior ragione, si deve ritenere fondata questa tesi, essendosi privilegiato un sistema basato sulle preclusioni e finalizzato alla rapida chiusura della procedura.

Cenni sulla normativa della L.F. del 1942

I creditori che non avevano proposto domanda di ammissione prima della chiusura dello stato passivo, potevano presentare domanda di insinuazione tardiva, tramite ricorso al giudice delegato con il necessario patrocinio di un difensore. Le spese del ricorso erano a carico del creditore procedente, salvo che il ritardo nell'insinuazione era dovuto ad una causa a lui non imputabile. Il termine ultimo di proposizione dell'istanza era la data del decreto di esecutività del piano di riparto finale.

A seguito del ricorso per insinuazione tardiva, il giudice delegato fissava la data dell'udienza ed il termine (perentorio) per la notifica dell'atto al curatore; sussisteva per il

⁴⁹ Dodici mesi, prorogabili fino a diciotto dal tribunale per procedure particolarmente complesse, a far data dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo.

⁵⁰ Ad esempio, un credito ammesso in chirografo in sede ordinaria, non può essere chiesto in privilegio mediante un'insinuazione tardiva.

⁵¹ La dichiarazione tardiva di credito è una domanda diretta ad ottenere l'ammissione di un credito attraverso un provvedimento giurisdizionale di modificazione dello stato passivo. Essa non si fonda tuttavia su una censura di ciò che è stato in precedenza deciso, mirando piuttosto ad una integrazione e ad un completamento dello stato passivo, introducendo elementi che prima non potevano essere conosciuti, se non altro per assenza di domanda. Per tale ragione, l'insinuazione tardiva non è assimilabile al rimedio dell'opposizione allo stato passivo e non possiede la natura di mezzo di impugnazione.

ricorrente obbligo della costituzione in giudizio almeno 5 giorni prima dell'udienza, pena l'abbandono della causa.

Differentemente dal parere fornito in sede di verifica per l'insinuazione tempestiva dei crediti (obbligatorio, ma non vincolante), il parere del curatore era parzialmente vincolante per il giudice in sede di udienza per insinuazione tardiva. La differenza, voluta dal legislatore, andava ravvisata nel fatto che il curatore si appropriava in tale sede del ruolo di "portatore di interesse" della collettività, non essendo presenti, nella maggioranza dei casi, gli altri creditori, stante l'insussistenza di obbligo di comunicazione agli stessi.

Il "vincolo" del curatore era solo "negativo": se egli si opponeva all'ammissione seguiva necessariamente l'istruzione della causa⁵². Se il curatore non contestava l'ammissione del nuovo credito, il giudice delegato procedeva all'esame della domanda e se la riteneva fondata, disponeva l'ammissione con decreto; se il giudice, allo stato degli atti, non era convinto della fondatezza della domanda, disponeva l'istruzione della causa, che si concludeva con una sentenza del tribunale.

Doveva escludersi che vi fosse un diritto dei creditori insinuatisi tardivamente di ottenere, nelle more dell'accertamento, che si procedesse ad accantonamenti, ovvero che si sospendesse la ripartizione finale in attesa della definizione dell'accertamento, non essendo tali accantonamenti normativamente previsti, né essendo consentita l'applicazione analogica od estensiva dell'art. 113 L.F.⁵³.

Dopo un'ammissione tardiva il curatore doveva inviare un avviso, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, a tutti i creditori già insinuati, per comunicare il decreto di variazione dello stato passivo determinato dall'insinuazione tardiva. Dalla ricezione della raccomandata decorrevano 15 giorni per un'eventuale impugnazione del credito ammesso ai sensi dell'art. 100 L.F., *ante riforma*⁵⁴.

Normativa post riforma

L'art. 101 L.F. novellato, dispone che le domande di ammissione al passivo di un credito, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni precedenti l'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici (diciotto) mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, **sono considerate tardive**. Quindi, come accennato, la normativa *anticipa* il *dies a quo* per considerare una domanda tardiva e nel contempo *restringe* notevolmente il termine ultimo "ordinario" di proposizione.

Nulla è detto circa la eventuale riapertura dei termini in caso di rinvio dell'udienza (art. 96 L.F.), per cui tutte le domande presentate dopo il termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica, statuito dal tribunale in sede di dichiarazione di fallimento devono essere

⁵² La contestazione del credito sussisteva in tutte le ipotesi in cui il curatore non esprimeva un'integrale adesione alla domanda formulata dal creditore per ciò che atteneva all'esistenza, alla quantità, alla qualità (cause legittime di prelazione, prededucibilità) ed agli accessori del credito medesimo.

⁵³ Cfr. Cass. 1° marzo 1991, n. 2186, in *Fall.*, 1991, 695.

⁵⁴ Corte Cost. 14 dicembre 1990, n. 538.

considerate tardive, anche se, non potendo esaurirsi le operazioni in una sola udienza, viene effettuato un rinvio.

Il termine ultimo “ordinario” può essere prorogato dal tribunale (nella stessa sentenza che dichiara il fallimento) da dodici a diciotto mesi decorrenti dal decreto di esecutività dello stato passivo, solo in caso di particolare complessità della procedura. Decorso il termine fissato dal tribunale e comunque fino al termine “straordinario” che coincide con l’esaurimento di tutte le ripartizioni dell’attivo fallimentare⁵⁵, le domande tardive sono ammissibili *solo se l’istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile*, diversamente le domande di insinuazione tardiva sono da considerarsi irricevibili e non hanno alcuno spazio nella procedura. Quindi decorso il termine “di legge” l’esaminabilità di domande tardive (c.d. **ultratardive**) dipende dalla discrezionalità del giudice delegato, che di volta in volta deve valutare l’imputabilità, o meno, del ritardo al creditore ricorrente.

Nella domanda di insinuazione tempestiva si dispone che il ricorso può essere personalmente sottoscritto dalla parte (nuovo art.93, comma 2, L.F.); nell’art.101 L.F. viene esplicitato per la proposizione di domande tardive “*si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99*”. Ne consegue che la domanda tardiva, per procedure soggette alla disciplina della riforma, è *proponibile personalmente* dalla parte, senza patrocinio di un difensore⁵⁶.

Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all’art. 95 L.F., ossia con il preventivo esame e deposito di progetto da parte del curatore e con udienza celebrata innanzi al giudice delegato⁵⁷.

Con riferimento all’accertamento dei diritti fatti valere con domanda tardiva, la disciplina del D.Lgs 05/06 era lacunosa sia in ordine alla frequenza delle udienze di verifica, sia in ordine alle modalità di fissazione delle stesse⁵⁸. La maggior parte dei tribunali si era orientata verso una certa periodicità, con la fissazione (da parte del giudice delegato) di un’udienza ogni quattro / sei mesi, anche in relazione al numero di domande proposte ed alla previsione di dover o meno effettuare dei riparti. Con il correttivo viene introdotta la frase: “*il giudice delegato fissa per l’esame delle domande tardive un’udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d’urgenza*”, motivi che dovrebbero essere riferiti alla prossimità di riparti.

La nuova previsione sembra avere il difetto dell’eccessiva rigidità, costringendo ad eseguire verifiche anche per una o pochissime domande, con dispendio di attività anche in

⁵⁵ L’art. 101 L.F. prevede che tale termine ultimo ed eccezionale coincida con l’esaurimento delle operazioni di ripartizione dell’attivo, atteso che su un attivo ripartito ed ormai inesistente, i creditori non potrebbero più trovare alcuna utile collocazione. La dichiarazione di esecutività del piano di riparto finale dell’attivo, ovvero la scadenza del termine di impugnazione del decreto che rende esecutivo il piano di riparto, è il momento in cui si cristallizza il contenuto delle obbligazioni del fallimento nei confronti dei creditori.

⁵⁶ Di diverso avviso, nel senso che per la domanda di insinuazione tardiva il creditore debba necessariamente essere rappresentato da un procuratore legale regolarmente nominato, ed in caso di difetto la domanda debba essere considerata improduttiva di qualsiasi effetto giuridico, v. Pellegrino, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 2006, 217-218, ma si tratta di un’opinione isolata.

⁵⁷ Si rinvia, quindi, a quanto argomentato nel precedente paragrafo 8.4.

⁵⁸ Nella norma non era indicato né chi dovesse fissare l’udienza per le tardive (tribunale o giudice delegato), né la cadenza temporale di fissazione delle udienze (o, eventualmente, dell’unica udienza).

assenza di concrete ragioni di possibile pregiudizio per i creditori. In proposito si ritiene che la cadenza quadrimestrale dovrebbe essere considerata come termine “consigliato” in parallelo con quella, pure quadrimestrale, stabilita per i riparti parziali ex art. 110, primo comma, L.F.; in altre parole la norma dovrebbe essere intesa nel senso che il giudice *deve fissare con celerità* le udienze per le tardive in caso di urgenza, negli altri casi la data va coordinata con quella dei riparti, ovvero è necessario ed indispensabile procedere all’esame delle tardive prima di procedere ad un riparto di attivo. Nei casi di mancanza di urgenza e di assenza di riparti, nulla dovrebbe vietare di fissare un’unica udienza decorso il termine ordinario per il deposito delle tardive (dodici o diciotto mesi dal decreto di esecutività dello stato passivo). Tale logica di semplificazione va, infatti, vista in relazione al programma di liquidazione dell’attivo fallimentare, dovendosi necessariamente esaminare tutte le tardive già proposte prima che il curatore proceda a riparti dell’attivo: infatti la normativa esplicita che (solo) ove il ricorso tardivo sia proposto dopo un riparto parziale fra creditori intervenuti tempestivamente, il creditore partecipa soltanto alla ripartizione del residuo in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizioni se assistito da cause di prelazione, o se il ritardo è dipeso da cause a lui non imputabili (art. 112 L.F.)⁵⁹. Per poter eseguire un riparto devono quindi ed a priori, essere esaminate tutte le tardive già depositate a tale data.

Grava sul curatore l’obbligo di dare **avviso della data dell’udienza** fissata ai creditori tardivi e deve ritenersi che l’obbligo sussista anche nei confronti di tutti gli altri creditori, per le loro eventuali osservazioni; tale interpretazione appare consona al principio del contraddittorio, essendo necessario fornire notizia a tutti i creditori dell’intero procedimento di verifica.

La domanda tardiva può avere ad oggetto anche la rivendicazione o la restituzione di beni mobili o immobili⁶⁰; in tal caso il titolare di diritti su beni mobili o immobili, se prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, può chiedere che siano sospese le attività di liquidazione del bene sino all’accertamento del diritto. La sospensione della liquidazione sarà, quindi, lasciata alla discrezionalità del giudice delegato, che dovrà valutare l’imputabilità, o meno, del ritardo al ricorrente.

⁵⁹ Il creditore tardivamente ammesso, anche in ipotesi di non imputabilità del ritardo, può partecipare alla ripartizione dell’attivo solo nei limiti della disponibilità residua esistente al momento della sua ammissione, senza che possa pretendere la ripetizione degli importi percepiti dai creditori partecipanti ai precedenti riparti; deve, infatti, escludersi la possibilità di ricorrere ad un’applicazione in via estensiva della disciplina contenuta nell’art. 114 L.F., che prevede la restituzione delle somme già riscosse dai creditori, con riferimento al caso di accoglimento di una domanda di revocazione.

⁶⁰ V. paragrafo successivo.

8. Rivendicazione e restituzione

Nel Capo V della L.F. oltre all'accertamento del passivo, è disciplinato l'accertamento dei diritti reali o personali sui **beni mobili e immobili** di proprietà o in possesso del fallito⁶¹; la finalità è quella di stabilire su quali beni sussistano diritti di terzi e pertanto non possano essere coattivamente venduti. Il procedimento di accertamento dei diritti di terzi è contestuale all'accertamento del passivo⁶².

Rispetto alla normativa del 1942 completamente innovativa è la disposizione secondo la quale anche le pretese sui beni immobili in possesso del fallito vanno convogliate nel procedimento di rivendica e restituzione dei beni. Nel precedente sistema, infatti, una deroga al principio della esclusività dell'accertamento era costituita dalle azioni immobiliari, poiché le domande di rivendicazione, restituzione e separazione di cui all'art. 103, L.F. potevano avere ad oggetto **soltanto le cose mobili** possedute dal fallito. Ne scaturiva che le domande dirette a sottrarre un bene immobile al patrimonio fallimentare non erano soggette al controllo del giudice delegato; tali domande andavano, infatti, proposte avanti al giudice ordinario (*rectius*: competente secondo le regole ordinarie) ed inoltre l'art. 24, L.F. ante riforma escludeva le (sole) azioni reali immobiliari dall'attrazione nella competenza del tribunale fallimentare⁶³. Oggi le domande volte ad escludere dal patrimonio fallimentare beni immobili possono essere fondate esclusivamente su pretese reali e ad essere decisive sono essenzialmente le risultanze dei registri immobiliari; così, ad esempio, la pretesa all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare di acquisto di un bene immobile potrà essere fatta valere solo se trascritta anteriormente alla procedura.

Le domande di rivendicazione e restituzione devono avere la medesima forma (ricorso), devono essere presentate nello stesso termine di trenta giorni anteriori all'udienza e con le stesse modalità della domanda di ammissione al passivo. I due procedimenti vengono portati avanti in modo parallelo e sono collegati funzionalmente, anche se separati, essendo caratterizzati dalla formazione di due elenchi distinti. Da alcuni si riteneva che dovessero essere anche redatti due verbali separati; la riforma espressamente prevede che delle operazioni si “redige processo verbale”, da intendersi quindi come unico. Al fine di evitare che la liquidazione possa coinvolgere beni in contestazione, l'art. 93 L.F. novellato prevede che il terzo possa chiedere la sospensione della liquidazione di beni oggetto delle domande di restituzione o di rivendicazione.

⁶¹ Sul termine “possesso” occorre svolgere una chiarificazione preliminare: non si tratta, infatti, di una situazione di “possesso” in senso tecnico civilistico, ma il riferimento è più ampio e volto a ricomprendere anche le situazioni di mera detenzione o comunque di disponibilità materiale del fallito, in virtù di un rapporto obbligatorio.

⁶² L'intento del legislatore fallimentare è quello di garantire il contraddittorio della massa dei creditori, interessati a salvaguardare l'integrale conservazione dei beni appresi alla procedura. Il procedimento segue le medesime regole previste per l'accertamento del passivo, con i principi di esclusività ed inderogabilità.

⁶³ La natura reale o personale dell'azione influiva sulla individuazione del giudice ordinario competente: per quelle personali era competente, ex art. 24, il tribunale che aveva dichiarato il fallimento e per quelle reali il giudice del *forum rei sitae*, anche se questo risultava essere diverso dal tribunale fallimentare.

Il nuovo art. 103, L.F. prende in considerazione unitariamente due tipologie di domande proponibili da terzi:

- a) la domanda di **rivendicazione** che si basa sul presupposto di un diritto di proprietà, o di un diritto reale minore del richiedente ed ha come finalità il recupero del possesso del bene;
- b) la domanda di **restituzione** che si basa sul presupposto di un contratto di natura obbligatoria, indipendentemente e prescindendo dalla proprietà del richiedente; la finalità è la medesima della domanda di rivendicazione.

L'art. 103, L.F. *ante* riforma prevedeva anche una «domanda di *separazione*». Tale domanda si basava sul presupposto di un diritto di proprietà o di un contratto di natura obbligatoria; la finalità era quella di sottrarre i beni mobili all'esproprio ed alla successiva vendita fallimentare, senza chiederne l'immediata restituzione⁶⁴. Probabilmente, la mancata previsione nell'art. 103 riformato di una domanda di separazione va ravvisata nel fatto che, dal combinato disposto degli artt. 103 e 93 L.F., il terzo possa avanzare una domanda di restituzione con contestuale richiesta di sospensione della liquidazione di beni oggetto della domanda.

La norma introduce anche il potere del creditore di modificare la domanda e di chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene che non sia stato acquisito all'attivo della procedura.

Il vaglio delle domande avviene nell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, partendo dalla presunzione relativa di appartenenza al fallito di beni mobili in suo possesso. La **prova** contraria deve essere fornita dal terzo; l'oggetto della prova varia a seconda della pretesa avanzata e si applica il regime probatorio previsto dall'art. 621 c.p.c. (limiti alla prova testimoniale in tema di opposizione di terzo)⁶⁵. La scelta del legislatore va condivisa, infatti nonostante sussistano elementi di divergenza tra l'azione ex art.103 L.F. e l'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., è indubbio che esistano anche delle affinità.

In caso di *pretesa reale* (diritto reale su un bene), il terzo deve fornire dimostrazione della proprietà attuale, non essendo sufficiente provare di essere stato proprietario del bene in passato, ma essendo necessaria la dimostrazione che alla data di fallimento il debitore non era proprietario, con esplicitazione del titolo dell'affidamento del bene al fallito⁶⁶. Non sono a tal fine sufficienti le fatture di acquisto sia perché a norma dell'art.2710 cod. civ., le scritture contabili possono (e non devono) fare prova, sia perché il curatore non può ricomprendersi tra i soggetti citati dalla disposizione (imprenditori commerciali)⁶⁷.

⁶⁴ Poteva quindi essere oggetto di domanda di separazione un bene concesso in locazione al fallito che, preservato dall'attività liquidativa, poteva restare in locazione all'amministrazione fallimentare.

⁶⁵ In tali procedimenti si applica l'impossibilità per l'istante di provare per testimoni la sussistenza dei pretesi diritti sui beni del fallito, a meno che l'esistenza del diritto sia resa verosimile (con conseguente ammissibilità della prova per testi) dalla professione o dal commercio esercitato dal debitore fallito o dal creditore.

⁶⁶ Si tende a pretendere la cosiddetta "doppia prova", sul punto v. Bonfatti -Censoni, *cit.*, 207.

⁶⁷ Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, 1528.

In caso di *pretesa obbligatoria*, il diritto alla restituzione spetta in forza di un contratto (deposito, locazione, comodato ecc.), pertanto è sufficiente che il terzo fornisca prova del negozio medesimo.

Avverso il decreto del giudice delegato che rende esecutivo lo stato passivo e che contestualmente dispone in materia di rivendicazione o restituzione, è esperibile il mezzo di impugnazione generale previsto dall'art. 98 L.F. (opposizione, impugnazione in senso stretto e revocazione).

Mediante il D.Lgs 169/2007 viene estrapolata dall'ultimo comma dell'art. 79, L.F. e trasferita nel testo dell'art. 103, L.F. la frase secondo cui "sono salve le disposizioni previste dall'articolo 1706 del cod. civ.", nel senso che al mandante *in bonis* è riconosciuto il diritto di rivendicare le cose acquistate per suo conto dal mandatario fallito nell'esecuzione di un contratto di mandato, scioltosi ex art. 78, L.F.

8. Considerazioni critiche

Nel processo fallimentare (come nel processo esecutivo, essendo identico il loro fine di tacitazione delle ragioni dei creditori attraverso la vendita forzata del patrimonio) un ruolo di assoluta centralità svolge il momento della individuazione dei creditori, in quanto, essendo costoro i destinatari e beneficiari dell'attività processuale, interesse prioritario è quello di stabilire col massimo grado di certezza chi è creditore, quali sono le voci effettive di credito e se vi è qualcuno che la legge indica da preferire agli altri nella distribuzione. Come è facile intuire, è proprio nel fallimento che quel ruolo di centralità, per l'incapienza del patrimonio del debitore e per le caratterizzazioni di concorsualità e di universalità, diventa addirittura cruciale, vera e propria spina dorsale di tutta la procedura fallimentare. Si spiega allora la particolare attenzione che la riforma fallimentare ha dedicato al procedimento di accertamento dei crediti: è evidente che i riformatori erano ben consapevoli che, per un verso, una rimodulazione della fase di accertamento dei crediti si sarebbe prestata a essere letta come una verifica degli obiettivi di snellezza e di celerità delle procedure, che da anni costituiva un comune denominatore di ogni progetto di riforma; e che, per altro verso, la disciplina dell'accertamento dei crediti si trovava al centro dell'acceso dibattito – destinato a durare nei tempi futuri – tra chi propugna come insostituibile la presenza costante, incisiva, assorbente del giudice in ogni atto della procedura e chi invece sostiene la necessità di una forte attenuazione del carattere giurisdizionale delle procedure (opzione, quest'ultima, che è stata preferita dal legislatore del 2006).

Se con l'intervento legislativo del 2005 è mutata l'ottica delle revocatorie e sono mutati i contenuti delle soluzioni concordatarie, con l'intervento del 2006 è mutato l'intero profilo della concorsualità: dai presupposti soggettivi ai rapporti tra gli organi, dai modelli procedurali applicabili alle controversie che insorgono all'architettura della liquidazione, dall'esdebitazione del fallito alla tecnica dell'accertamento dei crediti, che – manco a dirlo – è

diventato, proprio per la previsione dell'esdebitazione quale probabile sbocco della chiusura del fallimento, l'unica *chance* a disposizione del creditore.

Alcuni interrogativi, grandi e piccoli, che da decenni impegnavano operatori e studiosi, hanno trovato nella riforma una risposta chiara e definitiva. Così è, restando nel campo dell'accertamento dei crediti, per la qualificazione del credito come chirografario quando manchi nella domanda di insinuazione il titolo di prelazione (art. 93, comma 4, L.F.), così è per la dichiarata natura endofallimentare del decreto di esecutività dello stato passivo e delle decisioni su opposizioni, impugnazioni dei crediti ammessi e revocazioni (art. 96, ultimo comma, L.F.). Ma il nuovo sistema apre scenari così inediti che è prevedibile l'avvento di una realtà magmatica, costellata da dubbi e perplessità operative, a cominciare dallo stesso procedimento di verifica nel corso dell'adunanza dei creditori e, ancor più, dall'unificato procedimento di impugnazione, che non mancherà di presentare problemi interpretativi nella necessaria ricerca di un equilibrio tra le dichiarate esigenze di semplificazione ed il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa.